

LA COMPLICIDAD A TRAVÉS DE ACCIONES COTIDIANAS O EXTERNAMENTE NEUTRALES*

KAI AMBOS **

El presente artículo pretende tratar el problema de la complicidad a través de acciones cotidianas, respondiendo a las necesidades del estudiante que se enfrenta a la resolución de un caso práctico¹.

Para ello, primero es precisa una descripción del problema, así como su ubicación dentro de la sistemática del delito. Por lo que afecta al contenido, se ha de reducir la ya casi inabarcable doctrina existente a dos puntos de vista fundamentales, y se defenderá la tesis de que estas dos posturas apenas se diferencian en cuanto a los resultados.

El texto del artículo debería resultar comprensible por sí sólo y suficiente para sus fines didácticos. Las notas a pie tienen por objeto principal –dentro de lo que se entiende por un mínimo estándar científico– la verificación más detallada posible de las opiniones que no se mencionan expresamente en el texto.

I. El Problema y su Ubicación Sistemática

¿Es punible por complicidad (§ 27 StGB) el vendedor de un “vulgar”² destornillador, que posteriormente es utilizado por el comprador para un robo? ¿Responde el vendedor de cerillas como cómplice del incendio perpetrado con ellas? ¿Es responsable el panadero por el ulterior envenenamiento de su pan, y debe por lo tanto ser penado como cómplice de asesinato con envenenamiento? Estos y otros casos³ pertenecen al ámbito del problema de la complicidad a través de acciones cotidianas o de acciones externamente neutrales.⁴ Bajo este concepto puede comprenderse toda acción “que

¹ Cf. recientemente *Murmann*, Jura Examensklausurenkurs, Sonderheft 2000, p. 71, nota “*”, quien advierte que el problema en cuestión es prácticamente desconocido incluso entre estudiantes de fin de carrera.

² *Jakobs*, ZStW 89 (1977), p. 1, 20.

³ Cf. una extensa exposición de casos en *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, p. 7 ss.

⁴ Sobre los diferentes conceptos cf., por ejemplo, *Otto*, Festschrift (FS, libro homenaje) Lenckner 1998, p. 200.

el que actúa hubiese llevado a cabo frente a cualquier otro que se encuentre en el lugar del autor, porque con dicha acción persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados.”⁵

Antes de tratar la ubicación sistemática del problema es necesario ponerse de acuerdo sobre los presupuestos *objetivos* de la punibilidad de la complicidad. En este sentido, la jurisprudencia parte de la “fórmula del favorecimiento” (*«Förderungsformel»*),⁶ mientras que la doctrina dominante parte de la “teoría de la causación del resultado” (*«Erfolgsverursachungstheorie»*)⁷. Estas dos posturas apenas se diferencian en cuanto al criterio material esencial para la determinación de la existencia de complicidad,⁸ ya que, por lo general, un favorecimiento presupone un comportamiento causal.⁹ En lo sustancial, para las dos concepciones es suficiente con que se dé tal favorecimiento causal del hecho principal a través de la contribución del cómplice, lo que conduce a una extensión prácticamente ilimitada del tipo objetivo de la complicidad.¹⁰ Al igual que sucede con la imputación del resultado en la autoría, también en la complicidad la causalidad del aporte del cómplice -en el sentido de una influencia en el modo concreto de realización del tipo (*«Modifikationskausalität»*)¹¹ - constituye sólo una

⁵ *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 4 (crítico, sin embargo, de su propia definición en p. 104); *Wolff-Reske*, *Berufsbedingtes Verhalten*, etc., 1995, p. 23 ss., comprende bajo este concepto la entrega de cosas, el otorgamiento de información y la prestación de otros servicios.

⁶ Cf. *Roxin*, *StGB Leipziger Kommentar (LK)*, 1993, § 27 nm. 1, p. 23 ss., con ulteriores referencias, y nota 36, al pie. Sobre la crítica a la jurisprudencia cf. *LK-Roxin*, loc. cit., § 27 nm. 20; *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 1991, 22/35; *Wolff-Reske*, (cit. nota 5), p. 102 s.

⁷ Cf. *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 2; *el mismo*, *FS Miyazawa* 1995, p. 501 s.; *Schönke-Schröder (S/S)-Cramer*, *Strafgesetzbuch*, 25° edic., 1997, § 27 nm. 7; *Samson*, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 1993, § 27 nm. 6, 9; *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5° edic., 1996, p. 693 s.; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/34; *Kühl*, *Strafrecht AT*, 2° edic. 1997, § 20 nm. 214 ss.; *Gropp*, *Strafrecht AT*, 1998, § 10 nm. 146.

⁸ Por eso la delimitación de ambas opiniones ha sido frecuentemente señalada como un “falso problema” (así *Roxin* [cit. nota 7], p. 502; de acuerdo *Otto* [cit. nota 4], p. 195; también *Murmann*, *JuS* 1999, p. 549, nota 5).

⁹ En este sentido, *Mezger* ha demostrado que la causalidad ha sido un componente de la fórmula del favorecimiento de la jurisprudencia del Tribunal del Reich (cf. *LK-Roxin* [cit. nota 6], § 27 nm. 23 s.). Podría constituir una excepción el “caso de la llave” (RGSt. 6, 169), porque allí la ayuda prestada (entrega de la llave) no tuvo, en realidad, ninguna influencia en la comisión del hecho (cf. *Murmann* [cit. nota 8], p. 549).

¹⁰ Cf. la crítica general en la doctrina (especialmente de la complicidad psíquica en el sentido de la jurisprudencia): *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 25 s.; *el mismo* (cit. nota 7), p. 503 s., p. 507; *SK-Samson* (cit. nota 7), § 27 nm. 15; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/34 (“penalización de tentativas de ayuda como ayuda efectiva”), 22/35; *Kühl* (cit. nota 7), § 20 nm. 220. - A una extensión de la punibilidad conduce la concepción de la complicidad como delito de peligro abstracto o abstracto-concreto (especialmente en *Herzberg y Vogler*), que puede encontrarse a veces en la literatura; críticamente, con razón, *LK-Roxin* (1993), § 27 s.; *el mismo*, *FS Miyazawa* (1995), p. 504 s.; *Samson*, *FS Peters* (cit. nota 6), p. 126 ss., 130 ss. (132, 135); *SK-Samson* (cit. nota 7), § 27 nm. 7 s.; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/35; *Kühl* (cit. nota 7), § 20 nm. 220; *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1998, p. 147 ss.; *Otto* (cit. nota 4), p. 197; *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 103 ss.

¹¹ *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 3; *el mismo* (cit. nota 7), p. 501 s., especialmente haciendo referencia a *Claf* crítica de la *Modifikationskausalität*, que atribuye a *Mezger*, *Schaffstein FS Honig* 1970, p. 176 s.

condición necesaria, pero no suficiente, para la responsabilidad penal.¹² Por ello, para obtener una delimitación y unos contornos racionales de la punibilidad de la complicidad se debe recurrir a las reglas generales de la imputación objetiva.¹³ De acuerdo con ellas, la complicidad es un incremento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo, lo que presupone, en primer lugar -además de la *Modifikationskausalität*- un *incremento del riesgo* para el bien jurídico que se haya creado a través del aporte del cómplice y, con ello, una mejora de perspectivas desde el punto de vista del autor.¹⁴ En segundo lugar, el riesgo que entraña la conducta de complicidad debe estar desaprobado jurídicamente (*«Risikomisßbilligung»*).¹⁵

La exigencia impuesta por una postura más reciente¹⁶, de que el riesgo creado por el aporte del cómplice se realice -como requisito adicional- en la comisión del hecho principal (*«Risikoverwirklichung»* o *«Risikorealisierung»*), en realidad se corresponde básicamente con las exigencias de la *Modifikationskausalität*. Pues el requisito de realización del riesgo puede entenderse también -sin volver a caer en una concepción naturalista de la causalidad- en el sentido de que el riesgo de la conducta de complicidad se haya realizado efectivamente, es decir, que exista en el hecho principal una manifestación externa de la voluntad de ser cómplice, que vaya más allá de la mera predisposición interna del que quiere colaborar. A dicha causalidad se la podrá caracterizar como un aspecto meramente secundario,¹⁷ pero eso no altera el hecho de que el criterio de la realización del riesgo también presupone dicha causalidad "secundaria". De ningún modo puede interpretarse esta concepción como un resurgimiento de la teoría "pura" del incremento del riesgo de *Schaffstein*.¹⁸ El único punto en común entre ambas concepciones consiste en que las dos quieren prescindir de la causalidad, pero la teoría pura del incremento del riesgo no ha compensado esa renuncia con el requisito de la realización del riesgo.¹⁹ Este requisito adicional legitima, pues, a que a esta reciente postura se la designe como teoría del incremento del

¹² LK-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 4 s; *el mismo* (cit. nota 7), p. 509 ss.; Samson, FS Peters 1974, p. 132 ss. (134 s.); SK-Samson, (cit. nota 7), § 27 nm. 9 s.; Niedermair, ZStW 107 (1995), p. 507 ss., 511; Wolff-Reske (cit. nota 5), p. 106, 107. Cf. acerca de la imputación jurídico-penal del resultado -entre muchos- Jakobs (cit. nota 6), 7/29.

¹³ Cf. LK-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 22; *el mismo*, FS Stree/Wessels, 1993, p. 381 s.; Jakobs (cit. nota 6), 22/36; S/S-Cramer (cit. nota 7), § 27 nm. 9 s.; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm. 221; Wolff-Reske (cit. nota 5), p. 95 ss. (105 ss.).

¹⁴ LK-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 29; *el mismo* (cit. nota 7), p. 512; SK-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 10; también Otto (cit. nota 4), p. 196; Murmann (cit. nota 8), p. 550.

¹⁵ Cf. LK-Roxin (cit. nota 6), § 27 nm. 16; *el mismo* (cit. nota 7), p. 512 s.; Kühl (cit. nota 7), § 20 nm. 222; también Murmann (cit. nota 8), p. 550 ss.

¹⁶ Otto, Grundkurs Strafrecht, 5º edic. 1996, § 22 nm. 53; *el mismo* (cit. nota 4), p. 196 s.; Murmann (cit. nota 8), p. 550 ss.

¹⁷ Así Murmann (cit. nota 8), p. 550 s.

¹⁸ Schaffstein (cit. nota 11), p. 173 ss. (180 ss., resumidamente p.184); asimismo la disertación por él dirigida de Salamon, Vollendete und versuchte Beihilfe, 1968, a la que remite en la nota 18.

¹⁹ Por ello conduce dicha teoría a una extensión de la punibilidad de la complicidad en el ámbito de la tentativa. Críticamente, con razón, por ejemplo Roxin (cit. nota 6), nm. 28; *el mismo* (cit. nota 7), p. 511; Samson (cit. nota 10), p. 125 s, 132, 135; SK-Samson (cit. nota 7), § 27 nm. 8; Jakobs (cit. nota 6), 22/35; Stein (cit. nota 10), p. 153 ss.; Wolff-Reske (cit. nota 5), p. 103 s.

riesgo “*cualificada*”. La cualificación frente a la teoría pura del incremento del riesgo consiste no solamente en el requisito adicional de la realización del riesgo, sino también en la exigencia de su desaprobación. Este requisito pone nuevamente de manifiesto la proximidad de este moderno punto de vista con la teoría del la elevación causal del riesgo, y apoya la tesis de que, en lo sustancial, las diferencias entre ambas son de índole puramente terminológica.²⁰

Si se sigue la doctrina moderna,²¹ entonces la punibilidad de las acciones cotidianas debe analizarse en el *tipo objetivo* dentro del requisito de la *desaprobación del riesgo*, es decir, después de la comprobación del incremento del riesgo mediante el aporte auxiliar.

II. Los Puntos de Vista de la Doctrina

En forma simplificada, por motivos didácticos, puede decirse que en la doctrina²² existen dos tendencias fundamentales.²³ Una opinión sostiene que las acciones

²⁰ Así también *Otto* (cit. nota 4), p. 196 s.; cf. también *Lüderssen*, FS Grünwald 1999, p. 344 ss. (350), quien acertadamente advierte que el “instrumental de la imputación objetiva” puede reconducirse a las estructuras más sencillas de la doctrina tradicional sólo si se vacía de contenido.

²¹ Respecto a esto —así como a todo el problema de la complicidad en general—, la jurisprudencia todavía no ha desarrollado una concepción uniforme, sino que resuelve caso por caso. Cf. *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 11 ss.; *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 41 ss.; *LK-Roxin* (cit. nota 6), § 27 nm. 20; *el mismo* (cit. nota 7), p. 515; *Meyer-Arndt*, wistra. 1989, 281, 282 ss. En los resultados, esta autora sigue el punto de vista de *Roxin*; cf. por último BGH, wistra. 1999, 459 (460) e *infra*, nota 36.

²² De un modo distinto a las opiniones que se describen a continuación pretende *Niedermair* (cit. nota 12, p. 507 ss., 539 s.) equiparar las acciones cotidianas a los casos de complicidad “normal” en el sentido de la también aquí válida “desaprobación accesoria” (»akzessorische Mißbilligung») y obtener una limitación de la punibilidad únicamente a través del criterio —de validez general— del incremento del riesgo. Pero ello conduce en realidad a una fuerte extensión de la punibilidad (cf. el análisis resumido pero escasamente crítico de *Wohlleben* [cit. nota 3], p. 30 s., 98 s.). - Completamente diferente el punto de vista de *Schild-Trappe*, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995, quien parte de la complicidad como “una causalidad obtenida de forma psíquica, esto es, una influencia psíquica efectiva sobre el autor” (p. 96 ss.), y con ello pretende que toda contribución al hecho sea reconocida como “puramente” psíquica e intelectual, a lo sumo como un “signo exteriormente visible de una complicidad (psíquica, dolosa)” (p. 186, 97). Esta opinión conduce a un énfasis muy fuerte del aspecto interno del hecho, y ciertamente tanto del lado del autor principal como del lado del cómplice. Así, el autor debería ser “consciente de la solidaridad de ‘su’ cómplice” (p. 97), y éste a su vez conocer positivamente la decisión por parte autor principal de cometer un hecho delictivo (“solidaridad dolosa directa”: »direktvorsätzliche Solidarisierung»); dolo eventual sería suficiente en todo caso respecto de las consecuencias accesorias queridas por el autor (p. 163 ss., 180). Por otro lado, no se presenta aquí el problema de la punibilidad de las acciones cotidianas en la forma en que lo discute el resto de la doctrina, en todo caso mientras se sostenga que aquellas son meras contribuciones psíquicas o intelectuales al hecho (p. 186), deducibles de la “causalidad procurada psíquicamente” que se exige para la complicidad; a las acciones cotidianas sólo les correspondería, por lo tanto, una función de prueba jurídica (cf. p. 186 ss.). Esta concepción, sin embargo, merece reparos ya desde su muy dudoso punto de partida. Cf. la certera crítica de *Roxin* JZ 1996, p. 29 s.: “la esencia del comportamiento punible es desplazada desde la lesión del bien jurídico a la mera manifestación del ánimo”; crítico también *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 96 ss.

²³ Una sinopsis general de las diferentes concepciones sostenidas en la doctrina ofrece *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 13 ss., reseñándolas críticamente y comparando los resultados prácticos (p. 13 ss.); cf. también *Tag*, JR 1997, p. 49, 50 ss., quien diferencia entre teorías subjetivas, objetivas y mixtas, así como una teoría de la exclusión de la antijuridicidad; recientemente también *Otto* (cit. nota 4), p. 200 ss.; *Weigend*, FS Nishihara 1998, p. 199 ss.; *Amelung*, FS Grünwald 1999, p. 10 ss.

cotidianas no deben siquiera ser subsumidas bajo el tipo objetivo de la complicidad, pues se trata de conductas jurídicamente irrelevantes y, por tanto, no pueden ser criminalizadas por el simple hecho de que un tercero autorresponsable haya abusado de ellas para cometer un delito.²⁴

Así *Jakobs*,²⁵ apoyándose en el criterio de la prohibición de regreso,²⁶ decide en función de si el que presta ayuda puede desvincularse o no de las consecuencias de su aportación, lo cual es posible “cuando su comportamiento también tiene sentido sin

²⁴ Aproximadamente en el mismo sentido que los autores que se señalan a continuación, argumentan aquellos que sostienen que falta la tipicidad en caso de cumplimiento de deberes jurídico-civiles o del llamado “riesgo permitido” (cf. referencias en *Wolff-Reske* [cit. nota 5], p. 61 ss., 66 ss.; muy recientemente *Wohlers*, *NSStZ* 2000, p. 173 s.; más en profundidad acerca del riesgo permitido -como instrumento para el aumento cualitativo del riesgo- *Rogat*, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, 1997, p. 68 ss., 82 ss., 97). De modo parecido *Hassemer*, con su criterio de la “adecuación profesional” (cf. la crítica al respecto de *Otto* [cit. nota 4], p. 202 s.), quien con ello establece una conexión con la teoría de la adecuación social fundada por *Welzel* (sobre esto, *ibid.* p. 201 s., con otras alusiones; también *Wolff-Reske* [cit. nota 5], p. 63 ss.; *Rogat*, loc. cit., p. 54 ss.); el concepto adolece, sin embargo, de una cierta indeterminación (cf. *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten...*, 1988, p. 296 s.; *Wolff-Reske* [cit. nota 5], p. 65 s.; de otra opinión *Rogat*, loc. cit., p. 68). El aspecto objetivo es enfatizado también por *Schumann*, *Handlungsunrecht*, 1986, que parte del principio de autorresponsabilidad del individuo (p. 42 ss.), el cual exige una especial justificación para la punibilidad de la participación que pasa por la solidaridad con el hecho principal (p. 54 ss., 57); ésta, en cambio, sólo entra en consideración en caso de un desvío del “curso normal de la vida” (*v. Bar*) (p. 60). Pero también esta opinión es objeto de críticas, en especial debido a la falta de determinación de lo que significa “solidarizarse” (cf. *Meyer-Arndt*, *wistra* 1989, p. 285; *Niedermair* [cit. nota 12], p. 512 ss.; *Wolff-Reske* [cit. nota 5], p. 75, 98 s.; *Wohlleben* [cit. nota 3], p. 13 ss., 73 ss.; *Rogat*, loc. cit., p. 122, 128 ss.; *Otto* [cit. nota 4], p. 205 s. También es poco precisa la clasificación cuantitativa propuesta por *Weigend* (cit. nota 23), p. 199 s., 208 ss. (212), en función del “efecto de favorecimiento efectivo” que tenga la conducta de complicidad y del correspondiente incremento del riesgo (comparte este punto de vista *Lüderssen* [cit. nota 20], p. 347, 350; crítico, en cambio, *Wohlers*, loc. cit., p. 172 s.; sobre los casos de “insignificancia” dentro de este contexto cf. *Rogat*, loc. cit., p. 97 ss.). En favor de una solución objetiva también el Tribunal Supremo Suizo (SchweizBG) (cf. *Wohlers*, loc. cit., p. 171 s.); *López Peregrín*, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 270 ss. (272 s.), así como el Common Law tradicional (cf. *Smith*, *A modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, 1991, p. 155 s.).

²⁵ *Jakobs* (cit. nota 6) 24/15, 17. Resumidamente, pero en definitiva contrarios: *Niedermair* (cit. nota 12) p. 508 ss.; *Wohlleben* (cit. nota 3) p. 22 ss., 81 ss.; *Otto* (cit. nota 4) p. 203 ss.; también crítico *Rogat* (cit. nota 24) p. 140 s. – Esencialmente argumenta del mismo modo que *Jakobs* (en parte también en la elección de los términos) *Wolff-Reske* (cit. nota 5) p. 85. ss, cuando de manera funcionalista declara como fin jurídico (penal) primordial el “mantenimiento del orden social” (p. 86) y exige “competencia” por el resultado (p. 91); concretamente con respecto a la responsabilidad por complicidad pretende establecer como criterio “si se trata de un comportamiento que puede distanciarse del plan delictivo”, en cuyo caso no habría imputación, o si se puede interpretar como “proyecto antijurídico”, por lo que entonces habría imputación (p. 123 ss.); la correspondiente modificación del comportamiento con respecto al comportamiento normal se establecería a través del concepto (sociológico) de rol (p. 129 ss., 184), si bien el rol –partiendo de la postura de *Jakobs*– también habría de concretarse a través de “normas profesionales reglamentadas” (p. 143 ss.); de ello resulta que la responsabilidad penal solamente entra en consideración en caso de “exceso en los límites del rol”; otro criterio de imputación lo constituiría la posición de garante de quien actúa condicionado por su profesión (p. 143 ss.); subsidiariamente entraría en consideración una responsabilidad basada en las normas de solidaridad de los párrafos 138 y 323 c del Código penal alemán (p. 177 ss.). Crítico con esto *Wohlleben* (cit. nota 3) p. 28, 93 ss.

²⁶ En esa dirección se orienta también *Puppe*, *Nomos Kommentar zum StGB*, 1995, previo al § 13 nm. 155; críticamente *Niedermair* (cit. nota 12), p. 534 ss.; *Rogat* (cit. nota 24), p. 138 ss.

la acción de quien comete el hecho". A un resultado similar llega *Frisch*,²⁷ pero basándose en una ponderación, orientada al principio de proporcionalidad, entre la libertad general de actuar²⁸ y la protección de bienes jurídicos. De ello se deriva que, en principio, quien facilita el hecho puede confiar en "el aprovechamiento no delictivo por parte de otros de la situación creada", "incluso cuando exista la posibilidad concreta de una prosecución delictiva". Pues "objetable no es el estado de cosas que por sí mismo tiene un significado no delictivo, sino lo que hace de él un tercero responsable"²⁹.

En este contexto es relevante la objeción del *curso causal hipotético*, según la cual se argumenta que el autor principal hubiera podido recibir sin más la ayuda en cuestión por parte de otra persona (por ejemplo la venta del destornillador o el viaje en taxi hasta el lugar del hecho). Podría, sencillamente, haber ido a otro establecimiento o haber tomado otro taxi. Frente a esto sostiene la doctrina mayoritaria que –tal como sucede con la imputación "normal" del resultado en la autoría– dichos cursos causales hipotéticos no deben tomarse en consideración.³⁰ Por ejemplo, si poco después de un atentado mortal la víctima hubiese muerto de todos modos a consecuencia de un paro cardíaco, el autor del atentado responde igualmente por su hecho. En esta argumentación resulta, sin embargo, problemático que en los casos normales existe siempre un comportamiento (previo) jurídicamente desaprobado (¡el atentado de nuestro ejemplo fue, sin duda, un asesinato punible!), mientras que precisamente en los casos de complicidad a través de acciones cotidianas el comportamiento en cuestión está, en principio, aprobado jurídicamente o permitido.

²⁷ *Frisch* (cit. nota 24), p. 295 ss. (298, 299). De modo similar pretende *Murmann* (cit. nota 8) conceder una amplia impunidad cuando se trata de acciones de la vida diaria que son socialmente adecuadas (p. 552), pues tales formas de comportamiento están ya permitidas por "reglas de conducta previas al derecho penal" («vorstrafrechtliche Verhaltensordnung»); en este sentido, carece de toda relevancia el conocimiento que tenga el colaborador o facilitador de la intención delictiva del autor principal. Esencialmente como *Frisch* -exceptuando la toma en consideración de cursos causales hipotéticos- también *Hefendehl*, Jura 1992, p. 374, 376 s. (caso de la fotocopidora); asimismo *Lüderssen* (cit. nota 20), p. 338 ss. (340 s.), 347, 349, quien en caso de existencia de una elevación del riesgo se declara a favor de una ponderación entre el bien jurídico afectado y el principio general de libertad de actuación (crítico *Wohlers* [cit. nota 24], p. 173); *Amelung* (cit. nota 23), p. 27 ss., 30, sigue a *Frisch* en tanto que, fundándose en el principio general de libertad de actuar, se declara partidario de un derecho a la conducta empresarial favorecedora del hecho ("tatförderndes Geschäftsverhalten") y, con ello, de una justificación. Resumidamente y crítico con respecto a *Frisch*: *Niedermair* (cit. nota 12), p. 515 ss. (sobre todo crítico con el concepto de "significado delictivo" ("deliktischer Sinnbezug")); *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 17 ss., 75 ss.; *Otto* (cit. nota 4), p. 210; también *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 76 s., 79 (siguiendo a *Jakobs*).

²⁸ Crítico en relación a la libertad general de actuar («allgemeine Handlungsfreiheit») en ese contexto *Niedermair* (cit. nota 12), p. 537 ss.

²⁹ Según *Frisch* (cit. nota 24), p. 314 ss., sin embargo, debe considerarse la punibilidad si se dan respecto del colaborador los presupuestos –en cuanto al hecho principal- de los §§ 138 o 323 c StGB.

³⁰ Cf. LK- *Roxin* (cit. nota 6); *el mismo* (cit. nota 7), p. 501, 510; *Jakobs* (cit. nota 6), 22/37; *Kühl* (cit. nota 7), § 20 nm, 216; *Freund*, Strafrecht AT 1998, § 10 nm. 136 s.; *Hefendehl* (cit. nota 27), p. 376 s.; *Murmann* (cit. nota 8), p. 550; cf. también *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 87 s.; (cit. nota 5), p. 117 ss., ambos con ulteriores referencias. Favorable a conceder relevancia a los cursos causales hipotéticos, por el contrario, *Frisch* (cit. nota 24), p. 294, especialmente nota 218; con distinciones, *Lüderssen* (cit. nota 20), p. 341.

Frente a esto, *otra opinión* sitúa el criterio de distinción determinante más bien en el ámbito *subjetivo*. Así, según *Roxin*³¹ la punibilidad depende, primeramente, del dolo del que presta ayuda en relación al hecho principal. Si actúa con *dolus directus*, es decir, si conoce el plan del autor, es más probable que entre en consideración una complicidad punible que en el caso de que sólo considere el aprovechamiento delictivo de su aporte como dentro de lo posible, en el sentido del *dolus eventualis*. En caso de conocimiento positivo habría que seguir diferenciando si el aporte al hecho tiene un “significado delictivo” (“deliktischer Sinnbezug”), es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe; entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible. Esta se excluye, en cambio, cuando el aporte tiene sentido con independencia del hecho principal, es decir, cuando tiene un “significado legal” (“legaler Sinnbezug”).³² En caso de *dolus eventualis* del partícipe, “en el caso general” debería rechazarse la complicidad punible, pues al partícipe le está permitido confiar (principio de confianza)³³ en “que otros no cometerán hechos punibles, en tanto esta suposición no sea desvirtuada por una ‘reconocible propensión al hecho’ del tercero”.³⁴ Una importancia decisiva le otorga también al aspecto subjetivo *Otto*,³⁵ cuando, en conclusión, pretende no castigar como complicidad la ayuda al hecho mediante “conductas específicamente laborales” únicamente “cuando el que presta ayuda reconoce sólo el peligro de utilización de su acción con fines delictivos, pero no lo conoce positivamente”. En cambio, con respecto a las acciones cotidianas de carácter privado *Otto* considera suficiente que el colaborador “crea reconocer el peligro concreto de que se cometa un delito”. La jurisprudencia también distingue en función de la parte subjetiva del hecho y argumenta, incluso en la elección de los términos, del mismo modo que *Roxin*:

“Si la acción del autor principal va dirigida exclusivamente a la comisión de una acción punible y si el que presta ayuda *lo sabe*, entonces su aporte al hecho debe considerarse como conducta de complicidad. En este caso su actuar pierde siempre

³¹ Cf. LK- *Roxin* (cit. nota 6), nm. 17 ss.; *el mismo* (cit. nota 7), p. 513 ss.; algo distinto en cuanto al énfasis, *el mismo* (cit. nota 13), p. 378 ss. Sobre esto, a modo de resumen, *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 26 ss., 92 s.; críticamente *Niedermair* (cit. nota 12), p. 528 ss.; *Rogat* (cit. nota 24), p. 146 ss.; también *Otto* (cit. nota 4), p. 206 ss. En lo esencial como *Roxin*, argumenta *Tag* (cit. nota 23), p. 54 ss. (57), enfatizando, en cambio, la ponderación de bienes (libertad de actuar versus protección de bienes jurídicos) y, en esa medida, acogiéndose a *Frisch* (cit. nota 27). A los mismos resultados que *Roxin* llega también *Wohlleben* (cit. nota 3), p. 107 ss., cuando resalta la importancia del estado de conciencia interno (p. 116, también p. 121 s.) y, como regla general, parte de la punibilidad en el caso de conocimiento del hecho principal (p. 159 s.) y de la no punibilidad en el caso de un mero considerar como posible (p. 162 s.); no obstante, tanto la ponderación de las ventajas y desventajas que importan los resultados objeto de representación mental (p. 122 ss.) como las valoraciones o juicios previos (p. 124 ss.) también pueden jugar un papel importante (crítico *Murmann*, GA 1999, 406 ss.); por último *Amelung* (cit. nota 23), p. 22 ss., 29, quien exige conocimiento efectivo o, en caso de dolo eventual, “puntos de referencia concretos”, es decir, la conducta *punible* de conformarse con el peligro concreto de que se produzca el resultado se contrapone a la conducta *no punible* de conformarse con meros riesgos comerciales *abstractos* (pero bien sigue a *Frisch* en el ámbito de la justificación).

³² Sobre el comportamiento legal del colaborador ya especialmente *Meyer-Arndt*, wistra 1989, p. 286 s.; crítico, pero conforme en el resultado, *Niedermair* (cit. nota 12), p. 522 ss.

³³ Sobre esto, más detenidamente *Wolff-Reske* (cit. nota 5), p. 120 ss.; *Rogat* (cit. nota 24), p. 116 ss.

³⁴ *Roxin* (cit. nota 7), p. 516.

³⁵ *Otto* (cit. nota 4), p. 212 ss. (215).

el carácter de 'cotidiano'; ha de definirse como 'solidarización' con el autor y, por tanto, ya no puede considerarse como 'socialmente adecuado'... Por el contrario, si el que presta ayuda *no sabe* cómo será empleada su aportación por parte del autor principal, y sólo lo *considera posible* entonces su actuar por lo general todavía no debe considerarse como una acción punible de complicidad, salvo en caso de que el riesgo por él reconocido de que hubiese un comportamiento punible por parte de la persona a quien ayudó fuera tan alto, que con su prestación auxiliar fue su empeño favorecer a un autor *reconociblemente propenso al hecho*.³⁶

III. Resumen Crítico y Conclusiones

Las opiniones expuestas se diferencian, en primer lugar, en sentido *formal*, en tanto la primera (*Jakobs, Frisch*) pretende solucionar el problema en el nivel objetivo, y la segunda (*Roxin, Otto*, también el BGH) en el nivel subjetivo. Para el análisis de un caso práctico, esto significa que el primer punto de vista puede ser examinado sin más en el tipo objetivo, mientras que para el segundo es recomendable un análisis que relacione los aspectos objetivos y subjetivos del hecho, pues, según éste, es precisamente el conocimiento del colaborador lo que determina el carácter jurídicamente desaprobado de la acción cotidiana. A primera vista, este examen que relaciona ambos aspectos del hecho resulta algo desconcertante, pero también aquí rige el principio según el cual las cuestiones materiales objeto de examen determinan o condicionan los aspectos estructurales, meramente formales, y no a la inversa.

Por lo demás, en el aspecto material ambas posturas tienen en común que pretenden alcanzar una delimitación restrictiva de la responsabilidad del cómplice por acciones cotidianas.³⁷ El problema sustancial que las une consiste en la exacta comprensión material de qué debe entenderse por acciones cotidianas que en principio son impunes. Las definiciones abstractas abarcan regularmente demasiado poco, pues no hay acciones cotidianas *per se*. Antes bien, es posible que toda acción en sí misma neutral sea convertida en una acción delictiva mediante la correspondiente asignación de semejante fin.³⁸ Con ello pierde -en referencia al contexto general de la comisión- su carácter de acción meramente cotidiana. Por eso, tampoco es sostenible una diferenciación meramente objetiva entre significado "delictivo" y significado "legal", pues también en este sentido la atribución de un fin determina la legalidad o ilegalidad del comportamiento. El significado específico sólo puede, por lo tanto, determinarse de manera concreta (*in casu*), no siendo posible al respecto una determinación de validez general.³⁹

³⁶ BGH, wistra 1999, p. 459, 460 (énfasis del autor); ver también BGH NJW 2000, 3010 y ss. (3011); cf. también ya la nota 21.

³⁷ Correctamente *Tag* (cit. nota 23), p. 54. De otra opinión, en cambio, *Niedermair* (cit. nota 22).

³⁸ Así, *Roxin* (cit. nota 7), p. 515, así como el BGH (cit. nota 36) y el texto correspondiente; similar, *Otto* (cit. nota 4), p. 214; *Wohlers* (cit. nota 24), p. 172.

³⁹ Cf. la acertada crítica de *Niedermair* (cit. nota 12), p. 529 ss., 544, así como la de *Otto* (cit. nota 4), p. 207 s. a la diferenciación de *Roxin*. Yo en cambio creo que esa contradicción que allí se revela muestra en sí misma y aclara por qué *Roxin* en LK- *Roxin* (cit. nota 6), nm. 17 ss. y en FS Miyazawa (cit. nota 7), p. 513 ss. enfatiza más claramente el aspecto subjetivo que en FS Stree/Wessels (cit. nota 13), p. 378 ss.

El aporte al hecho adquiere un fin determinado o, en otras palabras, el carácter de “delictivo” o “legal” mediante el *dolo* del colaborador. Su conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en “co-conocedor” del hecho principal y a su acción cotidiana, en una delictiva: “El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo”.⁴⁰ Sólo son, pues, problemáticos aquellos casos en que el colaborador ciertamente no conoce la intención delictiva del autor principal, pero la tiene como posible, en el sentido del *dolo* eventual. Aquí rige el *principio de confianza*, con lo cual resulta que el colaborador, por regla general, puede partir de la base de que su contribución será empleada legalmente, es decir, que su comportamiento en sí mismo neutral o permitido permanece impune. Puede admitirse en todo caso una excepción cuando la intención delictiva del autor principal era para el colaborador reconocible sin más -en el sentido del criterio roxiniano de la “reconocible propensión al hecho”⁴¹-, pues esos casos se corresponden, en cuanto a su valoración, con aquellos en que el colaborador tiene conocimiento del hecho principal.

El privilegio del hombre de negocios frente al sujeto privado -tal como lo propone *Otto*⁴²- se puede justificar desde el punto de vista de que el individuo privado sólo dispone de una libertad de actuar general (Art. 2, I Constitución alemana), mientras que el hombre de negocios dispone además de una libertad profesional (Art. 12 Constitución alemana). La limitación de la libertad de actuar general que tiene lugar con la penalización de acciones cotidianas como complicidad requiere, por tanto, una justificación más fuerte con respecto al hombre de negocios, pues a él le asiste también un derecho más fuerte. En este sentido, también sería posible admitir, junto a *Amelung*,⁴³ la existencia de una causa de justificación.

Como resultado, la diferencia entre las dos posturas principales existentes en la doctrina se reduce a los casos en los que el que colabora con el hecho tiene un conocimiento efectivo o casi efectivo de la intención delictiva del autor principal. Sólo en estos casos conducirían dichas concepciones a resultados diferentes, esto es, la primera (*Jakobs, Frisch*), a la impunidad de la acción que ha favorecido al hecho principal y la segunda (*Roxin, Otto, BGH*), a su punición. Sin embargo, esta diferencia puede considerarse poco relevante en la práctica, si se piensa que, en el marco de las acciones cotidianas, el colaborador sólo tiene conocimiento efectivo (o casi efectivo) de la intención delictiva del autor principal en casos excepcionales.⁴⁴



⁴⁰ *Otto* (cit. nota. 4), p. 214. Al mismo resultado llega *Roxin* (cit. nota 7), p. 513, 514 s.

⁴¹ LK- *Roxin* (cit. nota 6), nm. 21; *el mismo* (cit. nota 7), p. 516; así mismo con el criterio de *Amelung* del “indicio concreto” (supra nota 31).

⁴² Cf. supra nota 35 y la parte correspondiente del texto.

⁴³ Cf. supra nota 27.

⁴⁴ Sobre esto advierte también *Roxin* (cit. nota 7), p. 516.